

# VU Research Portal

## **Professio artis obligat. Enkele opmerkingen over de omvang van de aansprakelijkheid van de verkoper voor gebrekkige zaken bij consumentenkoop**

de Bruijn (Niels), C.J.

### ***published in***

Historische wortels van het recht  
2014

### ***document version***

Peer reviewed version

### ***document license***

CC BY-NC

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

de Bruijn (Niels), C. J. (2014). Professio artis obligat. Enkele opmerkingen over de omvang van de aansprakelijkheid van de verkoper voor gebrekkige zaken bij consumentenkoop. In L. Van den Berge, M. Neekilappillai, R. Kindt, & J. Valk (Eds.), *Historische wortels van het recht* (pp. 27-41). [3] Ars Aequi Libri.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

## **[27] 'Professio artis obligat'. Enkele opmerkingen over de omvang van de aansprakelijkheid van de verkoper voor gebrekkige zaken bij consumentenkoop**

Niels de Bruijn<sup>1</sup>

### **Inleiding**

Een particulier kocht op 21 juli 2005 een prachtige Arimar-zeilboot. Verheugd met zijn nieuwe aanwinst vertrok hij nog hetzelfde jaar op zeilvakantie naar Griekenland. Maar helaas, u raadt het al, het ergste wat een kersverse booteigenaar kan overkomen, gebeurde: 'Op of omstreeks 7 augustus 2005 liet de bodem van de boot los, als gevolg waarvan de boot binnen korte tijd vol water stroomde en begon te zinken'.<sup>2</sup> De teleurgestelde koper ontbond vervolgens het koopcontract nu de geleverde boot niet conform de overeenkomst was geleverd.<sup>3</sup> Ondertussen had hij veel schade geleden. De boot was onder water gelopen en appellant en zijn familie hadden hun vakantie letterlijk schipbreuk zien lijden. Voor deze schade stelde hij de verkoper aansprakelijk. De verkoper, echter, meende in het geheel niet aansprakelijk te zijn voor welke schade dan ook. De bodem had losgelaten als gevolg van verkeerde lijm, wat volgens hem alleen de fabrikant was toe te rekenen. Op dit verweer reageerde het Hof 's-Gravenhage na de koop te hebben gekwalificeerd als consumentenkoop in zijn uitspraak van 26 april 2011 als volgt:

'Het hof stelt voorop dat voor zover geïntimeerde met zijn commentaar (...) heeft bedoeld te stellen dat hij niet aansprakelijk kan worden gehouden voor welke schade dan ook, omdat de constructiefout van de boot aan de fabrikant is te wijten, dit verweer wordt verworpen. Uitgangspunt is immers dat ook tekortkomingen als de onderhavige op grond van de verkeersopvattingen voor rekening van de verkoper komen (art. 7:22 [huidig art. 7:24] lid 1 juncto artt. 6:74 en 6:75 BW). Daarvan is op grond van het tweede lid van artikel 7:22 BW slechts uitgesloten aansprakelijkheid voor eventuele gevolgschade als bedoeld in artikel 6:190 BW.'<sup>4</sup>

Afgezien van schade als gevolg van een veiligheidsgebrek (art. 6:190 BW), die valt onder de productaansprakelijkheid van de producent, is een verkoper bij consumenten-[28]tenkoop volgens het Hof gehouden alle schade te vergoeden als gevolg van een niet conform de afspraak geleverde zaak, zelfs als deze niet van het gebrek op de hoogte was.

Deze opvatting wordt echter niet door alle rechters in het land gedeeld. In een uitspraak van het Hof Amsterdam over de koop van Jip, een rashondje dat bleek te lijden aan de ziekte levershunt, bleef de koper met lege handen achter. De verkoper, die beroepsmatig honden fokte, had Jip voorafgaande aan de koop getest en het beestje laten inenten. Het Hof overwoog het volgende over de aansprakelijkheid van de verkoper:

---

<sup>1</sup> Mr. C.J. de Bruijn is promovendus bij de afdeling Rechtsstheorie en Rechtsgeschiedenis van de Vrije Universiteit Amsterdam. Zijn dank gaat uit naar prof. mr. J. Hallebeek, mr. A.G.F.M. Flos en dr. C.B.P. Mahé die eerdere versies van deze bijdrage van waardevol commentaar hebben voorzien. Het artikel is verschenen als bijdrage in L. van den Berge e.a. (red.), *Historische Wortels van het Recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2014, p. 27-40. De paginering van de bundel is aangegeven tussen vierkante haakjes.

<sup>2</sup> Hof 's-Gravenhage 26 april 2011, *NJF* 2011, 232, r.o. 2.

<sup>3</sup> Art. 7:22 lid 1 sub a BW.

<sup>4</sup> Hof 's-Gravenhage 26 april 2011, *NJF* 2011, 232, r.o. 16.

'Er is geen goede grond om aan te nemen dat het veronderstelde gebrek krachtens in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt. Dit is niet anders indien de koop kan worden aangemerkt als een consumentenkoop, hetgeen het hof in het midden laat (zie art. 7:24 lid 1 BW). Ook consumenten dragen (een deel van) het risico dat een gekochte zaak wegens een verborgen gebrek niet aan de overeenkomst blijkt te beantwoorden.'<sup>5</sup>

Komt schade als gevolg van een gebrekkige zaak volgens het Nieuw Burgerlijk Wetboek (NBW) nu wel of niet voor rekening van de verkoper bij consumentenkoop, als deze het gebrek niet kent? In deze bijdrage doe ik een poging rechtshistorische kennis te verzamelen waarmee enig licht op deze vraag en haar beantwoording door beide Gerechtshoven kan worden geworpen.

Centraal in de genoemde zaken staat de koopregeling die in 1992 in de plaats kwam voor de meer dan 150 jaar oude verborgengebrekenregeling van het oud Burgerlijk Wetboek (OBW).<sup>6</sup> Deze was gebaseerd op het *ius commune*, het Romeinse recht, zoals dat in de middeleeuwen en in de vroegmoderne tijd werd toegepast. De koopregeling in het NBW is een reactie op die in het OBW. Omdat de laatste niet goed is te begrijpen zonder kennis van het *ius commune*, geldt dat dus eveneens voor de koopregeling die sinds 1992 in Nederland geldt.

Ik begin daarom met een bespreking van de Romeinsrechtelijke wortels van het aansprakelijkheidsregime bij koop in het OBW. Vervolgens houd ik de regeling in het NBW tegen het licht van het Franse recht. Waarom het Franse recht? Welnu, de Franse Code civil bevat nog steeds de regeling voor verborgen gebreken bij koop, zoals het Nederlandse OBW die tot 1992 kende.<sup>7</sup> Bovendien heeft het Franse recht consumentenkoop steeds benaderd vanuit het traditionele begrippenkader dat teruggaat op de eeuwenoude *ius commune*-traditie. Het is dus in Frankrijk dat het *ius commune*, zij het indirect via de Code civil en de daarop gebaseerde jurisprudentie, nog steeds in actie te bewonderen is en, zoals gezegd, kennis van het *ius commune* is onontbeerlijk voor een goed begrip van het NBW. Ik vervolg met een korte bespreking van de achtergronden van de consumentenkoop in het NBW waarna ik, gewapend met de vergaarde rechtshistorische kennis, tot de conclusie kom waarom beide uitspraken te verdedigen zijn.

---

<sup>5</sup> Hof Amsterdam 7 februari 2012, *NJF* 2012, 203, r.o. 2.11.

<sup>6</sup> Artt. 1540-1546 OBW. Raadpleegbaar via <[books.google.nl](http://books.google.nl)>. Zoek op de trefwoorden Oud Burgerlijk Wetboek.

<sup>7</sup> Artt. 1641-1649 Cc.

## [29] 1 Romeinsrechtelijke wortels

### 1.1 pre-Justiniaans Romeins recht

Zoals zeer veel bepalingen van het huidige privaatrecht, wortelt ook het aansprakelijkheidsregime voor koop van een ondeugdelijke zaak in de Romeinsrechtelijke traditie. Wat kon de Romeinse koper van een gebrekkig zaak vorderen van de verkoper?

Tot aan de eerste eeuw voor Christus had de Romein die een gebrekkige zaak had gekocht gewoon pech. Het Romeinse civiele recht kende namelijk geen verplichting voor de verkoper zijn koopwaar vrij van gebreken te leveren. Het was aan de koper om bij het afsluiten van een koop goed uit zijn ogen te kijken en de koopwaar zorgvuldig te onderzoeken. Als hij de zaak niet vertrouwde, moest hij maar een garantie bedingen. Alleen als de koper kon bewijzen dat de verkoper een gebrek had verzwegen, terwijl hij daar wel van wist, of de goede staat van de koopwaar had gegarandeerd, bood het Romeinse civiele recht rechtsmiddelen.<sup>8</sup>

Deze beperkte aansprakelijkheid van de verkoper wordt wel verklaard vanuit de context waarin destijds een koop werd gesloten. De koop betrof vooral specieszaken en vond plaats tussen producent en koper, zonder tussenschakels als een detaillist of leverancier.<sup>9</sup> Er was dus alle gelegenheid voor beide partijen om de zaak grondig te inspecteren. Daarnaast zouden de persoonlijke banden tussen koper en verkoper een voldoende waarborg zijn geweest tegen bedrog en voor het vinden van een minnelijke oplossing mocht er onverhoopt iets misgaan.<sup>10</sup>

De Romeinse samenleving veranderde omstreeks de tweede eeuw voor Christus echter ingrijpend. Romes opbloeiende welvaart en toenemende bevolking deed de handel sterk groeien. Bovendien werden transacties minder persoonlijk. Koper en verkoper kenden elkaar niet meer, wat voor kwaadwillenden ruimte bood tot misbruik. Vooral op de beesten- en slavenmarkt aan de Tiber ging er van alles mis. Dat is niet verwonderlijk als men bedenkt wat voor lieden daar handel dreven. De Griekse historicus Strabo (64 v. Chr. – 24 n. Chr.) vermeldt dat vooral piraten zich met graagte op de Romeinse slavenmarkten begaven.<sup>11</sup> In de Digesten valt bij de jurist Paulus te lezen dat het ging om, 'een slag mensen dat om snel winst te maken waarschijnlijk sneller geneigd is schandelijk te handelen'.<sup>12</sup>

Om dergelijke kwaadwillende kooplieden de wind uit de zeilen te nemen vaardigden de markttoezichthouders van destijds, de aedilen, in de eerste eeuw een edict uit gericht tegen zowel slaven- als veehandelaren. Dit aedilenedict, dat deels is overgeleverd in de 6<sup>e</sup> - eeuwse compilatie van de Byzantijnse keizer Justinianus, het *Corpus iuris civilis* (CIC), bepaalde onder meer dat kopers van gebrekkige slaven en lastdieren<sup>13</sup>, een prijsvermindering of ontbinding van de koop konden vorderen. In tegenstelling tot de rechtsmiddelen van het civiele recht vereisten deze aedilenacties geen schuld bij de verkoper. Ze konden dus ook worden ingesteld tegen

---

<sup>8</sup> M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, I/1, [München: Beck], p. 551; J.J. Verhoeven, 'Het gelijk der curulische aedilen', in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen*, XIII, 2006, p. 19-21.

<sup>9</sup> W.W. Buckland en A.D. McNair, *Roman Law and Common Law. A Comparison in Outline*, Cambridge: Cambridge University Press 1952, p. 282.

<sup>10</sup> N. Morley, *Trade in Classical Antiquity*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, pp. 58-59, 85-87.

<sup>11</sup> Vindplaatsen in O. Van Nijf en F. Meijer, *Trade, Transport and Society in the Ancient World. A Sourcebook*, London: Routledge 1992, p. 121.

<sup>12</sup> D. 21.1.44.1: (...) *genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum pronius est*. De vertalingen zijn, tenzij anders aangegeven, van mijzelf.

<sup>13</sup> Grof gezegd gaat het om lichamelijke gebreken die de van nature aanwezige eigenschappen van een slaaf of lastdier negatief beïnvloeden, D.21.1.1.7; voor een uitgebreide bespreking zie J.J. Verhoeven, 'Verborgene gebreken bij koop', AA 1990, p. 495-503.

onwetende verkopers.<sup>14</sup> [30] In het latere Romeinse recht zouden deze regels niet alleen meer op de slaven- en dierenhandelaren, maar op alle verkopers worden toegepast.<sup>15</sup>

De aansprakelijkheid gebaseerd op de aedilenacties was, juist omdat deze acties gericht waren tegen onwetende verkopers, beperkt. De verkoper die zonder dat hij dat wist een gebrekkige zaak had verkocht, hoefde de koper alleen terug te brengen in diens toestand voor de koop. Hij hoefde niet in te staan voor gevolgschade.<sup>16</sup> Uit een Digestentekst van de hand van Ulpianus (170 – 228 n. Chr.), waarin deze collega jurist Salvius Julianus (ca. 100 - 169 n. Chr.) citeert, volgt dat in later tijden de civiele koopactie de eigenschappen van de aedilenacties heeft overgenomen en dat deze eveneens tegen onwetende verkopers kon worden ingesteld.<sup>17</sup>

D. 19.1.13pr: Ulpianus boek 32 op het edict: 'Iulianus maakt in het vijftiende boek op grond van koop een onderscheid in de veroordeling tussen hem die wetend en hem die onwetend iets heeft verkocht. Hij zegt immers dat iemand die ziek vee of slecht hout heeft verkocht, indien hij dat onwetend heeft gedaan, op grond van de actie uit koop slechts gehouden is te vergoeden wat ik minder zou hebben betaald, als ik dat geweten had. Als hij echter wetende zweeg en de koper heeft bedrogen, zal hij alle schade die de koper door die koop lijdt aan hem moeten vergoeden. Als een gebouw door het slechte hout is ingestort dus de geschatte waarde van het gebouw of als vee door besmetting door besmet vee sterft, de prijs waarvoor het vee zou zijn verkocht, als het gezond zou zijn geweest'.<sup>18</sup>

Ook voor de civiele actie uit koop gold dus dat de onwetende verkoper slechts tot een beperkte schadevergoeding gehouden was. De verkoper die wist van het gebrek moest wel gevolgschade vergoeden.

Het casuïstische Romeinse recht zou echter zijn reputatie onwaardig zijn als er niet een Romeinsrechtelijke tekst bestond die in tegenspraak is met de zojuist geschetste regel. En inderdaad is er een Digestentekst die zich slecht verhoudt tot het beginsel dat alleen de verkoper te kwader trouw aansprakelijk kan worden gehouden voor alle schade die de koper lijdt als gevolg van ondeugdelijke koopwaar. De tekst luidt als volgt:

'Als je mij een vat verkoopt en zegt dat het een zekere maat of gewicht heeft, zal ik tegen jou procederen met de koopactie als je minder presteert. Als je mij een vat verkoopt als was het in goede staat, zul je mij, als het niet in goede staat verkeert, dat wat ik onder die noemer verlies vergoeden. Echter, als niet bedongen is dat je het vat in goede staat zou leveren, hoef je slechts in te staan voor kwade trouw. Labeo meent echter het tegenovergestelde en wel dat alleen in acht moet worden genomen, dat het vat in alle omstandigheden in goede staat geleverd moet worden, tenzij het tegengestelde is bedongen en dat is waar.

---

<sup>14</sup> D. 21.1.1.2.

<sup>15</sup> D. 21.1.1pr.; R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford: Clarendon Press 1996, p. 320.

<sup>16</sup> D. 21.1.21pr.

<sup>17</sup> Zimmermann 1996, p. 321.

<sup>18</sup> D. 19.1.13pr.: 'Ulpianus libro 32 ad edictum: *pr. Iulianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morbosi pecoris perierunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum*'.

Minucius zegt dat Sabinus eveneens heeft geantwoord dat bij de verhuur van vaten dat moet worden gepresteerd.<sup>19</sup>

[31] Labeo († 10/11 n. Chr.) meende dat de verkoper van vaten altijd een deugdelijk vat moest leveren. Deze was aansprakelijk voor alle schade als hij dat naliet, ook als hij niets had gegarandeerd of onwetend was van het gebrek.<sup>20</sup> Deze tekst zou in de ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht van de komende eeuwen nog een belangrijke rol gaan spelen.

## 1.2 Het middeleeuwse en vroegmoderne gemene recht (*ius commune*)

Middeleeuwse juristen braken zich het hoofd over hoe de Digestentekst over het gebrekkige vat met de andere teksten in het *CIC* in overeenstemming kon worden gebracht. De 13<sup>e</sup> - eeuwse rechtsgeleerde Bartolus de Sassoferato (1313-1357) hield het bij de vaststelling dat we hier met een uitzondering te maken hebben op de regel dat alleen verkopers te kwader trouw aansprakelijk konden worden gehouden voor gevolgschade.<sup>21</sup> Door te stellen dat deze uitzondering alleen zou gelden voor de verkoop van vaten hield Bartolus op geslepen wijze de hoofregel intact, te weten dat aansprakelijkheid voor schade gelieerd was aan de goede trouw van de verkoper.

Rechtsgeleerden uit de 16<sup>e</sup> eeuw probeerden eveneens een vinger te krijgen achter het waarom van deze tekst. Volgens Jacques Cujas (1522-1590) was er een historische verklaring. Uit klassieke bronnen zou volgen dat de Romeinse zedenmeesters (*censores*) de Romeinse verkopers van vaten een bijzonder hoge zorgplicht hadden opgelegd, waaruit een striktere aansprakelijkheid voortvloeide. Wat de reden voor die hogere zorgplicht was, vertelt de humanist niet. Cujas' rivaal Hugues Doneau (1527-1591), ooit professor te Leiden, kwam tot de ietwat gezochte uitleg dat een vat geen vat meer is als het lek is en dat bijgevolg de verkoop van een vat altijd impliciet vergezeld gaat van de garantie dat het in staat is vocht binnen te houden.<sup>22</sup> En een afgegeven garantie leverde naar Romeins recht aansprakelijkheid op voor het volle pond.<sup>23</sup>

Een wat minder sofistieke en meer praktisch gerichte aanpak treffen we aan bij Gabriël van der Muyden (1500-1560), die werkte als professor en raadsman in Leuven, destijds door zijn grote universiteit een van de toonaangevende wetenschappelijke centra van West-Europa. Van

---

<sup>19</sup> D. 19.1.6.4: *Si vas aliquod mihi vendideris et dixeris certam mensuram capere vel certum pondus habere, ex empto tecum agam, si minus praestes. Sed si vas mihi vendideris ita, ut adfirmares integrum, si id integrum non sit, etiam id, quod eo nomine perdiderim, praestabis mihi: si vero non id actum sit, ut integrum praestes, dolum malum dumtaxat praestare te debere. Labeo contra putat et illud solum observandum, ut, nisi in contrarium id actum sit, omnimodo integrum praestari debeat: et est verum. Quod et in locatis doliis praestandum Sabinum respondisse Minicius refert.*

<sup>20</sup> Zimmermann en Krzemiński menen uit de tekst af te kunnen leiden dat volgens Labeo alle verkopers te allen tijde moeten instaan voor de deugdelijkheid van alle soorten koopwaar. Dat lijkt me een wat ruime interpretatie. Zimmermann 1996, p. 320; K. Krzemiński, 'Ad Edictum Aedilium Curulium; De Romeinsrechtelijke grondslag van de aansprakelijkheid voor verborgen gebreken', AA 2005, p. 699.

<sup>21</sup> Bartolus de Sassoferato, *Commentaria super secunda ff. veteris*, Rome: Istituto Giuridico Bartolo da Sassoferato, 1996, f<sup>o</sup>. 125: '*Qui locat vasa vitiosa scienter vel ignoranter ad totum interesse tenetur. in aliis rebus distinguitur sciens ab ignorante (...)*'.

<sup>22</sup> Doneau, *Commentarii*, VII, p. 398, § 14.

<sup>23</sup> Zie paragraaf 1.1.

der Muyden bespreekt de problematiek in zijn behandeling van een tekst waarin een verhuurder van een lekkend vat voor gevolgschade aansprakelijk wordt gehouden.<sup>24</sup> Hij begint met een uitdrukkelijke verwerping van de interpretaties van Bartolus en Cujas om uit te komen op een aansprakelijkheid voor verhuurders en verkopers die handelen in de uitoefening van hun vak.

'Ik zou beslist liever een andere redenering willen volgen (...). Er is namelijk geen enkel verschil tussen een vat en andere zaken, zoals sommige lieden beweren, bijvoorbeeld Bartolus in zijn commentaar op D. 19.2.19.2. Evenmin is er een striktere benadering voor vaten en andere zaken waarvan de gebreken gemakkelijk kunnen worden ontkend en verdonkeremaand (...). Eerder is er een verschil tussen ambachtelijk geproduceerde zaken die in het kader van de uitoefening van een of ander vak worden verkocht of verhuurd, en andere zaken die door een of andere eigenaar worden verkocht of verhuurd in het ge-[32]bruikelijke kader van het runnen van een huishouden. Dat zet Ulpianus op heldere wijze uiteen in de genoemde bepaling D. 19.2.19.1. In situaties van de eerste soort is het niet terecht onwetendheid als excuus aan te voeren. Immers, als de verkoper of verhuurder in het vak waarin hij verkondigt bekwaam te zijn de fout ingaat, levert dit zware verliezen op voor de wederpartij'.<sup>25</sup>

Ongeveer dezelfde uitleg treffen we aan bij Van der Muydens tijdgenoot Charles Dumoulin (1500-1566). 'Vakmanschap verplicht (*professio artis obligat*)', zo schrijft deze veelgeprezen commentator van het Parijse gewoonterecht<sup>26</sup>, 'en dat is niet alleen zo bij vaten. Hetzelfde geldt voor alle zaken waarvoor dezelfde redenering opgaat'.<sup>27</sup>

In het Parijse gewoonterecht lijkt zich eenzelfde ontwikkeling als in het pre-Justiniaanse Romeinse recht te hebben voorgedaan. Charles Loyseau (1564–1627) ging er, anders dan Dumoulin, nog van uit dat de verkoper überhaupt niet aansprakelijk kon worden gehouden voor gebreken in de zaak als deze geen expliciete garantie had gegeven. Als iemand *chat en poche* had gekocht, had deze gewoon pech.<sup>28</sup> Bij François Bourjon (†1751) lezen we echter dat een beroepsmatige handelaar koopwaar van een zekere kwaliteit moet leveren.<sup>29</sup> Doet hij dat niet, dan kan de koper de overeenkomst ontbinden:

---

<sup>24</sup> D. 19.2.19.1.

<sup>25</sup> Gabrielis Mudaëus, *De contractibus quator digestorum tituli*, Frankfurt: Feyerabendt 1586, p. 187, no. 4: '*At certe diversam sententiam sequi malim, (...) nihil etiam inter vas et caeteras res omnes, ut quidem dixerunt, Bartol. ad dictam l.sed.addes.§.I. neque etiam strictiore modo inter vas et caeteras res, quarum vitia facile possunt ignorari et tegi (...) sed potius inter vas caeterasque res artificiales, quae ex professione alicuius artis venduntur, aut locantur, et alias quae ex simplici administratione patrimonii a quocunque domino earum venduntur aut locantur, quod luculenter (...) demonstrat Ulpianus in dicta l.sed addes.§.I.(...) In priore enim genere nec ignorantia iustam habet excusationem, propterea quod in arte, quam locator aut venditor profitetur, erratum sit, cum alterius gravi iactura.*

<sup>26</sup> Het gewoonterecht, zoals dat door het Parlement van Parijs werd toegepast, was in het Noorden van Frankrijk een belangrijke rechtsbron. Zie J.H.A. Lokin en W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, Den Haag: Boom 2006, pp. 172-174.

<sup>27</sup> Carolus Molinaeus, *Extrictio labyrinthi de eo quod interest*, Parijs: Galterus, 1546, pp. 43-44, nr. 49: '*Professio artis obligat. Et non sic est speciale in vasis, sed idem in omnibus in quibus eadem est ratio*'.

<sup>28</sup> Charles Loyseau, *Traicté de la garantie des rentes*, Geneve 1620, p. 13, 2.7: '*il faut poser pour maxime (...) si est-ce que (...) la pleuvine ou garantie de fait n'est devê regulierement si elle n'est promise: c'est à dire que quand le contract est pur et simple, sans faire mention d'aucune garantie, le vendeur n'est point tenu de garantir que la chose soit bonne et exempte de tout vice et inconvenient*'.

<sup>29</sup> François Bourjon, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, dl. I, Parijs: Grangé 1745, p. 403, 5.2.6.

'(...) de zaak verkocht door een beroepsmatige handelaar moet goed, overeenkomstig de wettelijke vereisten en verhandelbaar zijn. Zo niet, dan is er ten nadele van hem een mogelijkheid tot ontbinding. Dit is een verplichting die voortkomt uit zijn hoedanigheid en het is op dat punt dat een dusdanige koop verschilt van die gesloten door een particulier'.<sup>30</sup>

Volgens Bourjon rust er volgens het Parijse gewoonterecht een impliciete garantie op de zaken die een professionele verkoper voor zijn beroep verhandelt. De hoedanigheid van de verkoper had dus gevolgen voor diens aansprakelijkheid.<sup>31</sup>

### 1.3 Pothier

De idee dat een vakman vanwege zijn hoedanigheid als vakman moet instaan voor verborgen gebreken en daarom met een zwaardere aansprakelijkheid te maken heeft, hetzij via een omvangrijkere schadevergoeding (Dumoulin), hetzij via impliciete garantie (Bourjon), heeft dus al vroeg postgevat. Robert Joseph Pothier (1699 – 1772), een invloedrijke Franse rechtsgeleerde uit de 18<sup>e</sup> - eeuw, deed een poging de ratio te vinden die achter deze aanname schuilging. Hij liet zich daarbij inspireren door het Romeinse recht. Niet geheel toevallig bespreekt Pothier de aansprakelijkheid van een professionele verkoper aan de hand van een voorbeeld met een gebrekkig vat. Hij komt tot de volgende uitleg: [33]

'De reden is dat een ambachtsman in de uitoefening van zijn beroep kundigheid in zijn vak belooft. Ten opzichte van iedereen die met hem een contract aangaat, neemt hij de verantwoordelijkheid op zich dat zijn werk deugt voor het gebruik waarvoor het overeenkomstig diens aard is bedoeld. Zijn ongeschiktheid of gebrek aan kennis over wat zijn vak aangaat, is een fout die hem wordt aangerekend. Niemand immers moet publiekelijk verkondigen een vak uit te oefenen als hij niet alle noodzakelijke kundigheid bezit om dat goed te kunnen. Onkunde wordt onder schuld gerekend, D. 50.17.132. Hetzelfde geldt zowel voor een handelaar die produceert als voor een die niet produceert. Door hun handel publiekelijk te drijven, maken ze zich verantwoordelijk voor de goede kwaliteit van hun handelswaar'.<sup>32</sup>

Volgens Pothier geeft de vakman die zijn waar verkoopt een impliciete garantie af voor de deugdelijkheid ervan. Wanneer een koper aangaat op iemands kunde, maar vervolgens met gebrekkige waar thuiskomt, betekent dit dat de verkoper die zich voor vakman uitgaf kennelijk onvoldoende onderlegd was in zijn vak. Dit valt hem te verwijten, zodat hij aansprakelijk is voor gevolgschade.

Hoewel Pothier's werk een grote inspiratiebron vormde voor de opstellers van de Code civil is diens interpretatie van D. 19.1.6.4 uiteindelijk niet in die codificatie terechtgekomen.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> Bourjon 1745, p. 403, 5.2.10: '(...) *la chose vendue par un marchand public doit être bonne, loyale et marchande, sinon il y a lieu contre lui à la résolution; c'est un engagement que produit sa qualité et c'est en cela que diffère une telle vente de celle faite par un particulier.*'

<sup>31</sup> Bourjon 1745, p. 403, 5.2.10.

<sup>32</sup> R.J. Pothier, *Traité du contrat de vente*, Parijs: Debure 1772, pp. 207-208, nr. 213: '(...). La raison est qu'un ouvrier par la profession de son art, *spondet peritiam artis*. Il se rend envers tous ceux qui contractent avec lui, responsable de la bonté de ses ouvrages, pour l'usage auquel ils sont naturellement destinés. Son impéritie ou défaut de connoissance dans tout ce qui concerne son art, eust une faute qui lui est imputée, personne ne devant professer publiquement un art, s'il n'a toutes les connoissances nécessaires pour le bien excercer, *imperitia culpa annumeratur*, l. 132 ff, R.I. Il en est de même du marchand fabricant ou non-fabricant: par la profession publique qu'il fait de son commerce, il se rend responsable de la bonté des marchandises (...) '.

<sup>33</sup> Lokin 2006, p. 195-196.



Het wetboek vermeldt alleen dat de koper van een gebrekkige zaak kan kiezen tussen ontbinding of prijsvermindering<sup>34</sup>, waarna de onwetende verkoper gehouden is tot terugbetaling van de koopsom en kosten op de koop.<sup>35</sup> De wetende verkoper daarentegen moet wel gevolgschade vergoeden.<sup>36</sup> De Nederlandse wetgever van het OBW besteedde evenmin aandacht aan de kwestie:

"De vrijwaring," zeide de Heer Beelaerts van Blokland, 'wegens gebreken aan de verkochte zaak bevonden, is geheel overeenkomstig het tegenwoordig geldend (Fransche) wetboek, en heeft ook geene bedenkingen in de afdelingen ondergaan".<sup>37</sup>

De aansprakelijkheid van beroepsmatige verkopers zou op gezette tijden echter weer de kop opsteken.

---

<sup>34</sup> Art. 1644 Cc.

<sup>35</sup> Art. 1646 Cc. Onder kosten op de koop vallen bijvoorbeeld verzendingskosten.

<sup>36</sup> Art. 1645 Cc.

<sup>37</sup> J.C. Voorduin (red.), *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken volgens de beraadslagingen deswege gehouden bij de tweede kamer der Staten-Generaal*, dl. 5, Utrecht: Natan 1838, p. 186.

## 2 De Code civil en het Nieuw Burgerlijk Wetboek

Op 3 januari 1949 ontplofte in het Franse Villeurbanne een gastank die achter op een vrachtwagen stond gemonteerd. Albert, de chauffeur die de tank stond te vullen, kwam daarbij om het leven. Uit onderzoek bleek dat de explosie het gevolg was van de slechte kwaliteit van het gas dat op grond van een koopovereenkomst door 'Gaz et Electricité de France' aan Albert was geleverd. Alberts weduwe stelde als erfgename het gasbedrijf aansprakelijk voor de geleden schade als gevolg van een verborgen ge-[34]brek in het gas. Welke schade diende het bedrijf te vergoeden? Het Franse Hof van Cassatie overwoog:

'hoewel gezien de bewoordingen van artikel 1646 van de Code civil de verkoper die de gebreken in de zaak niet kende slechts gehouden is tot terugbetaling van de koopprijs, volgt daarentegen uit de bepalingen in artikel 1641 van dezelfde Code, dat de verkoper die de gebreken kende, *waaronder hij die in de uitoefening van zijn beroep deze gebreken niet had kunnen negeren gerekend behoort te worden*, naast de teruggave van de koopsom die hij heeft ontvangen, is gehouden alle schade van de koper te vergoeden'.<sup>38</sup>

De oplettende lezer zal hierin de nauwe verwantschap herkennen met de woorden van Pothier en diens voorgangers. 'In de uitoefening van zijn beroep' wordt een professionele verkoper geacht gebreken in zijn producten te herkennen. In latere rechtspraak verduidelijkt het Hof dat, indien er gebreken in de koopwaar opduiken, de professionele verkoper een fout heeft begaan en dienovereenkomstig aansprakelijk is voor gevolgschade als een verkoper te kwader trouw.<sup>39</sup> Zo zien we het Franse recht op zijn schreden terugkeren naar de doctrine zoals die voor de Code civil door Pothier en zijn voorgangers was uitgedacht<sup>40</sup> en volgens welke zowel de botenverkoper als de fokker van Jip als professionals alle schade zouden hebben moeten vergoeden.<sup>41</sup> Tot op heden heeft men in Frankrijk dit pad niet verlaten.<sup>42</sup>

De Nederlandse wetgever heeft er echter voor gekozen de afzonderlijke regeling voor schadevergoeding bij koop wegens verborgen gebreken niet meer in het NBW op te nemen. Als iemand een ondeugdelijke zaak heeft verkocht, moet nu eerst worden vastgesteld of het gebrek

---

<sup>38</sup> Cass. Civ. 1, 24 novembre 1954, 54-07171: 'Mais attendu que si, aux termes de l'article 1646 du Code Civil le vendeur qui a ignoré les vices de la chose n'est tenu qu'à la restitution du prix (...), il résulte, par contre, des dispositions de l'article 1641 du même code, que le vendeur qui connaissait ces vices, *auquel il convient d'assimiler celui qui, par sa profession, ne pouvait les ignorer*, est tenu, outre la restitution du prix qu'il a reçu, de tous dommages-intérêts envers l'acheteur' [mijn cursief]; H. Capitant (red.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, dl. 2, Parijs: Dalloz 2000, p. 483, nr. 250; dezelfde formulering keert steeds terug. Zie X. Henry (red.), *Méga Code civil*, Parijs: Dalloz 2012, p. 2915 e.v.; vergoeding van letselschadeschade opgelopen in het kader van een overeenkomst kent de Franse rechtspraak inmiddels niet meer toe op grond van het contract, maar op grond van een 'obligation de sécurité'. Zie Capitant 2000, p. 490, nrs. 250-251. De jurisprudentie van het Hof van Cassatie is te vinden op <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

<sup>39</sup> Cass. Comm., 1 décembre 1964, 532: '(...) la regie Renault, constructeur professionnellement tenu de connaître les vices cachés, était en faute d'avoir livré à son acquéreur un camion atteint de vices (...).'

<sup>40</sup> Een eerdere uitspraak gedaan in 1925 waarin de voorloper van het Hof van Cassatie de verkoper te goeder trouw aansprakelijk hield voor gevolgschade, stuitte op kritiek juist omdat de uitspraak tegen de *ius commune*-traditie inging. Chambre de Requêtes 21 octobre 1925, *Recueil périodique et critique de jurisprudence*, 1926, p. 9-11, Online raadpleegbaar via <<http://gallica.bnf.fr/>>.

<sup>41</sup> Vgl. Dijon, 15 april 1993, *Juris-Data n° 041220*: 'un éleveur professionnel de chiens'.

<sup>42</sup> Zie voor recente rechtspraak Henry 2012, p. 2916, nr. 117.

hem kan worden toegerekend als wanprestatie. Het ontbreken van schuld aan het gebrek kan toerekenbaarheid uitsluiten.<sup>43</sup> Is het gebrek wel toerekenbaar, dan bepaalt afdeling 10 van Boek 6 vervolgens de omvang van de te vergoeden schade.<sup>44</sup> De gedachte dat die voor een verkoper die niet van het gebrek wist beperkt zou moeten zijn is uit dit systeem verdwenen. De wetenschap van de verkoper speelt alleen nog maar een rol bij de toerekenbaarheidsvraag. Voor de omvang van de schade die de verkoper moet vergoeden maakt het niet langer uit of deze het gebrek kende of niet.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> Art. 7:24 lid 1 BW jo. 6:75 BW.

<sup>44</sup> Art. 6:95 e.v. BW.

<sup>45</sup> Art. 6:98 BW. De introductie van de 'aedielenacties' met de omzetting van Richtlijn 1999/44/EG (*PbEG 1999 L 171*) heeft aan dit systeem niets veranderd.

### 3 Consumentenkoop in het NBW

Naast de zojuist genoemde aansprakelijkheidsregels bij koop heeft de wetgever in het NBW aanvullende regels gesteld voor consumentenkoop.<sup>46</sup> De consument als zwakke partij zou meer bescherming behoeven dan het OBW bood.

Tijdens de parlementaire behandeling van boek 7 van het NBW kwam echter de wens naar voren om deze bescherming van de consument-koper niet 'zonder meer' ten koste van de verkoper-detaillist te laten gaan, maar op redelijke wijze over alle [35] schakels in de kolom producent-afnemer te verdelen.<sup>47</sup> Uit een zeer complexe en warrige behandeling van de kooptitel, waarin men trachtte de risico's bij koop op evenwichtige wijze te verdelen over koper, verkoper en producent, is uiteindelijk een regeling voortgekomen die de onwetende verkoper nu eens wel, dan weer niet aansprakelijk houdt.<sup>48</sup>

In de Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer is te lezen dat de onwetende verkoper bij handelskoop doorgaans wel aansprakelijk zal zijn voor een gebrek, maar dat het onredelijk is voorgekomen de verkoper bij consumentenkoop eveneens aansprakelijk te stellen voor gebreken in producten die hij niet zelf heeft geproduceerd of heeft kunnen controleren. Schade die daaruit voortvloeit zou voor rekening van de producent moeten komen. De Memorie van Antwoord stelt vervolgens dat de omzettingbepalingen van de EG-richtlijn aangaande productaansprakelijkheid daarvoor zorgen.<sup>49</sup> Hier verliest men echter uit het oog dat die bepalingen alleen zien op specifieke schade door veiligheidsgebreken. Op de vraag in hoeverre de verkoper bij consumentenkoop schade moet vergoeden die is veroorzaakt door andere gebreken die hij niet kende, geeft de Memorie van Antwoord geen antwoord.

Wel is het mogelijk uit de jurisprudentie van de Hoge Raad iets op te maken over de aansprakelijkheid van de verkoper bij consumentenkoop voor hem onbekende gebreken, andere dan veiligheidsgebreken. Met name in het arrest *Oerlemans/Driessen* arrest uit 2002 gaat de Hoge Raad in op de verhoudingen tussen koop, consumentenkoop en productaansprakelijkheid.

Rozenkweker Driessen had kunstmest van Oerlemans afgenomen. Helaas bevatte het goedje een schadelijk herbicide en in plaats van op te bloeien, verwelkten de rozen van Driessen. Oerlemans verweerde zich voor het Hof tegen aansprakelijkheid door te stellen dat hij niets afwist van het pesticide in de kunstmest en dat de tekortkoming in de levering van de mest hem dus niet zou mogen worden toegerekend. Het Hof verwierp dit verweer, waarop Oerlemans in cassatie ging. De Hoge Raad overweegt als volgt:

'De verkeersopvattingen brengen mee dat in een geval als het onderhavige een tekortkoming bestaande in een gebrek van een verkocht product in beginsel voor rekening van de verkoper komt, ook als deze het gebrek kende noch behoorde te kennen. (...). Evenmin valt in te zien waarom deze regel op gespannen voet zou staan met de regeling van de productaansprakelijkheid, die niet op contractuele aansprakelijkheid maar op aansprakelijkheid uit de wet betrekking heeft, en de daarmee verband houdende regeling van art. 7:24 lid 2. Aan de in deze bepaling neergelegde regeling van de aansprakelijkheid van de leverancier in geval van consumentenkoop ligt de gedachte ten grondslag dat hij,

---

<sup>46</sup> Zie bijvoorbeeld de artikelen 7:22 BW en 7:24 BW; E.H. Hondius e.a., *Handboek consumentenrecht*, Zutphen: Paris 2011, p. 116-117.

<sup>47</sup> *Kamerstukken I* 1989/90, 16979, 8, p. 5.

<sup>48</sup> Zie *Parlementaire geschiedenis boek 7. Bijzondere overeenkomsten. Titels 1, 7, 9, en 14*, Deventer: Kluwer 1991, p. 177-237.

<sup>49</sup> *Kamerstukken I* 1989/90, 16979, 8, p. 6; art. 7:24 lid 2 jo. 6:185 e.v. BW. Gebaseerd op Richtlijn nr. 1985/374/EG (*PbEG* 1985 L 210).

anders dan in een geval als het onderhavige, zijn aansprakelijkheid jegens de consument niet kan beperken of uitsluiten'.<sup>50</sup>

[36] De Hoge Raad stelt onomwonden dat Oerlemans aansprakelijk is voor gebreken in zijn product ook al kende hij deze niet. Dit is in lijn met wat tijdens de parlementaire behandeling van het NBW is gezegd over handelskoop.

De Hoge Raad gaat echter verder en overweegt impliciet dat ook de verkoper bij consumentenkoop aansprakelijk is voor gevolgschade veroorzaakt door gebreken die hij niet kende. Ons hoogste rechtscollege stelt immers dat aan artikel 7:24 lid 2 BW, waarin staat dat de verkoper niet aansprakelijk is voor schade door een veiligheidsgebrek 'tenzij hij het gebrek kende of behoorde te kennen', de gedachte ten grondslag ligt dat de verkoper bij consumentenkoop zijn aansprakelijkheid voor veiligheidsgebreken niet kan uitsluiten. Waarschijnlijk doelt de Hoge Raad op artikel 7:6 BW.<sup>51</sup> Daarin staat vermeldt dat de verkoper bij consumentenkoop niet kan afwijken van afdeling 3 van de kooptitel, waarin artikel 7:24 lid 1 BW zijn aansprakelijkheid regelt voor schade als gevolg van non-conforme levering. Kennelijk omvat die aansprakelijkheid veiligheidsgebreken die de verkoper niet kende of behoorde te kennen. Als we de Hoge Raad volgen en aannemen dat aan artikel 7:24 lid 2 BW inderdaad de gedachte ten grondslag dat de verkoper zijn aansprakelijkheid jegens de consument niet kan beperken of uitsluiten, is het moeilijk in te zien waarom hij dat voor andere dan veiligheidsgebreken die hij niet kende nog wel zou kunnen. Samenvattend luidt de opvatting van de Hoge Raad dan als volgt: de verkoper die handelt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf is zowel jegens een professionele koper als een consument aansprakelijk voor gebreken die hij niet kende en gehouden de schade die daar het gevolg van is aan zijn wederpartij te vergoeden. Net als zijn Franse equivalent komt onze Hoge Raad uit op de eeuwenoude regel uit het *ius commune*.

---

<sup>50</sup> HR 27 april 2001, NJ 2002, 213 (Oerlemans/Driessen), m.nt. J. Hijma, r.o. 3.6.

<sup>51</sup> Art. 6:192 lid 1 BW is niet van toepassing op een verkoper die niet voldoet aan de beschrijving van producent in art. 6:187 BW.

## 4 Conclusie

Terug naar de koper van de Arimarboot. Uit het voorgaande volgt dat het Hof 's-Gravenhage enerzijds handelde overeenkomstig de uitspraak *Oerlemans/Driessen*. Het rekende immers het gebrek van de boot krachtens verkeersopvattingen, ondanks diens onwetendheid, toe aan de verkoper van de boot en hield hem voor gevolgschade aansprakelijk. Anderzijds is het de vraag of het Gerechtshof recht heeft gesproken volgens de bedoeling van de wetgever. In zijn Memorie van Antwoord maakte deze immers niet duidelijk in hoeverre de onwetende verkoper bij consumentenkoop gehouden is andere schade dan die veroorzaakt door veiligheidsgebreken aan de koper te vergoeden.

Het hoeft dan ook niet te verbazen dat het Hof Amsterdam dezelfde vragen precies andersom beantwoordde. Door te stellen dat de Jips levershunt niet krachtens verkeersopvattingen voor rekening van de verkoper kwam, maakten de Amsterdamse [37] raadsheren gebruik van de ruimte die de wetgever heeft gelaten met als gevolg dat de fokker van Jip in het geheel geen schade hoefde te vergoeden.

Het Franse recht daarentegen stelt de te vergoeden schade, in overeenstemming met de *ius commune*-traditie, nog altijd vast aan de hand van de kennis van de verkoper. Iedere Franse verkoper die handelt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf wordt geacht te weten van gebreken in zijn waar en is gehouden alle schade die daar het gevolg van is aan zijn wederpartij te vergoeden. Met een eenduidige keus van de Nederlandse wetgever voor deze *ius commune*-aankpak zouden zowel de koper van de boot als van Jip goed hebben geweten waar ze aan toe waren. Sinds het Nederlandse recht de omvang van de te vergoeden schade bij koop niet meer bepaalt aan de hand van regels uit de *ius commune*-traditie, blijken de verkoper te goeder trouw en de consument echter overgeleverd aan het vage begrip verkeersopvattingen.